

憲法原理における政治的現実論と理念論について

著者名(日)	奥田 劔志郎
雑誌名	研究紀要
巻	34
ページ	121-143
発行年	2010-12-10
URL	http://id.nii.ac.jp/1300/00000883/

憲法原理における政治的現実論と理念論について

奥田 劔志郎

1. はじめに（問題提起）

近・現代憲法の諸原理は、すべて長期にわたる苦難の歴史を経て形成されたものである。しかし、今日に至っても、これらの既に承認され確立された諸原理に対してさえ、依然として不合理に変容し、排除しようとする対抗的な思索が存在する。

それを示す典型的思考がここである政治的現実論といえるものである。長年にわたる理論的検討と歴史の試練に耐え形成された法理念に対し、現実的政治状況を背景に、これを排除しようとする思索が含む実体的意味と、その手法がもたらす法原理や法の本質への不合理性を、憲法の諸原理を例に検証しようとするものである。

既に確立された憲法の諸原理は、不合理な政治的現実を排除しようとし、激しい対抗、ぶつかり合いから生まれたものである。現実の政治状況を維持しようとする体制側と、その不合理を是正しようとする側の激しい思索の対立である。憲法原理は、正に現実政治の不合理を排除すべく形成されたという事実の中にこそその原理の存在意義、重要性が含まれているのである。二度と再びその様な不合理な状態を生み出させない様に集団生活を合理的な法制度を通してコントロールし、政治権力を監視、監督、指揮、命令するための客観的基準として形成されたのが憲法の諸原理なのである。憲法理念は人間生活を個体的にも、全体的にも最善のものにするための全体的な調整を生み出すための善意のぶつかり合いから形成されたものである。そこに、少しの悪意や不合理の介在を認めることも許さないことが憲法理念の最も大きな特徴であり、思考上極めて厳格な側面といえる。従って、これを修正、変更するためにはよほどの正当、合理的な根拠が要求されることになる。

論証され、確立された憲法原理（理念）からは、「現在」という状況は、いわば過去の不合理を排除して存立している状況である。しかし、実際の政治が必ずしもその様な状況でないとすれば法の本質論からは、「その現在」が間違っているにすぎないのである。だから法の論理からは常に不合理の排除が実践され向上することになる。過去の不合理が排除され現在に至り、現在の不合理も現在あるいは出来れば近い将来排除されるべきである。また、ある意味では、現在の不合理の排除は未来の不合理の排除にもつながる。過去における不合理の排除により、過去から見ると未来である現在のわれわれの生活が合理化されてきているからである。17、18世紀に原初形態で確立された基本的人権や法の支配の原理などがこのことを示している。従って、法は絶えざる連続的、継続的合理化作用といえる。だから、過去、現在を問わず、不合理

の存在に対し、深い思慮をもって、痛切に反省し、それがもたらした意味を充分理解することが重要となる。

政治的現実論の思考については、後で具体的にのべるが、既に法理論的に確立された原理に対する反論とすれば、妥当な“法的調整”に対する不合理な対抗か、あるいは正当な根拠を有する新たな原理論の提唱かである。また、単に現実の利害関係を根拠とする主張であれば、正しくここでいう政治的現実論となる。

法的社会においては、常に客観的、合理的な調整方法の創出が模索され、それにより集団生活の発展的対応が可能になる。新しい状況には合理的な新しい調整、対応が必要となる。法の最高位にあり、政治権力の不合理を排除し、人間生活の基本的ありかたを方向づける憲法の理念は、存在する不合理への極めて積極的な対応と、それを阻止する主張に対しては厳格な姿勢で臨み、種々の理念を形成し、実践して来たのである。この様な憲法の歴史に対し、これをかいくぐり、排除しようとする側はより狡猾で学術的に対応してくることになる。政治的現実論は、憲法理念論との対抗、抗争において、これを押し通す手法として実践され憲法理念を排除しようとしてきたものである。従って、憲法学では、常にこのことを念頭に置いて、不合理な立論に対し、徹底的に、その不合理を論証し、しりぞけることが肝要となる。

2. 憲法の基本理念と政治的現実論

法は、人類 700 万年の叡智による客観的合理的な思考の集大成であり、法理論も、この過程で生まれ長年にわたる歴史と思索の試練に耐えて残った最善の結論である。既に中世の、いわゆる「法優位」の思想はそれを示す言葉である。この言葉は、当時の自然法思想を基盤とし、「神の理性計画」、「神の意志」が具体的人間生活をコントロールする客観的合理的原理とする点では、現在の法理念と共通する思考である。即ち、法は必ず客観性、合理性を有すること、絶対的な正当性を有すること、最善の思索であること、これを当時は神の意志に求めようとする人間の叡智といえる。絶対にあやまつことのない神に依拠し、絶大な政治権力者への対抗手段としたのである。権力側も「神の御加護」「神との契約」を用いることにより、逆に自から客観性、合理性に拘束されることになる。ここに法思考の重要な本質が存在する。法は永久合理化性、永久最善化性を追求するものだという点である。

法学上、最も重要な「理念」の概念とそれが含む観念についてのべる。特に、憲法諸理念は、直接政治権力をコントロールする地位にあり極めて重要な意義を有する。

理念（法概念）とは、事実を前提に客観的、合理的、理論的に論証された人間生活を調整するための最善の思考である。(1) 客観性 (2) 合理性 (3) 最善性の三つのポイントが考えられる。(1) 客観性 (objectivity) は、当該理念につき、いかに多くの人が是認するかは是認性である。事実上の形式的要件といえる。是認されたか否かは全くの客観的に判断できる。これは

英米法のいわゆる reasonable man rule に通じる。客観性は一般人が有する理性によって是認されるかどうかである。人間の叡智を結集することにより誰もが承認しうる結論が得られるとする中世から近世にかけて形成発展した合理主義的自然法思想である。勿論、客観性のみで法理念が確立される訳ではない。(2) 合理性 (rationality) は当該理念の内容につき実質的に検討し、論理的、理論的に問題はないか、内容に矛盾はないか等を確認し、また異論や反論に対しても論駁し、その主張が存立しうるものが論証されることである。いわば実質的要件といえる。(3) 最善性 (best) は、人間生活が複雑・多様化しているため、当該論点には種々の対応が存在する可能性が生じる。前述した二つのポイントを踏まえ、これ以上客観的で合理的な対応がないことである。法理念の特徴は、人間叡智の集大成であり、これ以上の思考は存在しないということが大前提である。それ以上のものが存在しうるのであれば、それが理念となる。これは、現実政治が必ずその法理念に従って実践されなければならないことを正当化する理由でもある。従って、これはいわば本質的要件といえる。

以上、三つの厳格な構成要素を有する理念に対し、排除あるいは内容を下落せしめ、全く異なるものに改ざんしようとする主張が常に起る。これがここでいう政治的現実論的思考である。それは、過去の政治では、有利な立場を握っていたが、新たな法理念の登場で不利に扱われているとの主観的観念から生ずる。このような主張は大きな間違いである。確立された法理念に則して対応すべきにも拘らず、従うべき法状況を排除する作用は、ある意味、「法的自然状態」といえる。これに対し、法理念による政治は、「法的社会状態」である。政治的現実論は、自己の主観による「御都合主義」であり、法理念論は確立した理念を徹底させるので、「かたくな主義」ともいえる。

法理念は、実際には不合理な政治的現実との対立抗争から生み出されるので、先行する不合理こそが法理念の誕生地（法理念源。その意味での法源）ともいえる。しかし、前近代の様な非人間的な不合理性は一応排除されてはいるが、法理念の歴史からは、前近代での対応を考察から除くことはできない。人間性を否定する奴隷制は今日絶対に認められない。しかし、奴隷制を維持し、その政治的、社会的、経済的地位を確保し続けようとする試みは依然として存在した。しかし、近代以降では、古い理念の究極的不合理の是正ではなく、時の経過による思索向上の結果、対応の不充分性の改善が対象である。当時では、客観性、合理性、最善性を有していたのである。近代以降では、法の変遷の特徴とするところは、人間叡智の集大成であり、これまでの経験と体験、思考を踏まえることにより、最善を期することは充分可能である。この様にして形成された法理念が現実政治をコントロールする基本原理として作動する。

法思考には、さらに次の様な特徴がある。超時空性と超個人性である。(1) 超時空性とは、新しく承認された理念は、過去の不合理性や不充分性を排除したものであり、現実には適用は困難であるが、理論的には過去に遡り、過去の対応が否定されることになる。人権理念の確立により、人権は初めから是認されることになる。即ち、古い時代の原理は当時から、客観性、合理性、最善性を有しなかったと考えるのである。従って、法理念を構成する三要素が非常に重要になる。誤った原理、正当な理念の改ざん・変容は決して許されないことになる。この様な

特徴は、いわば観念的四次元性ともいえる。時の壁を超えて作動すべきだからである。この様な思考の重要性は、過去の不条理を二度と再び実行させないことにある。また、広がりに関しては、法理念が形成された場所がどこであろうと、すべての地域に共通に適用されることを意味する。基本的人権、国民主権、法の支配等は場所の違いは全く関係ないのである。それが人間叡智の集大成だからである。(2)超個人性は、特定の個人を基盤として形成された理念であっても、すべての個人に適用されることをいう。多くの理念は、特定の個人が関わる問題から発することが多い。

この二つの性質から、「法の後づけ論」の正当性が導き出される。奴隷制は、支配者や政治権力集団からは利益であり、彼等に都合な制度だが、それは単に彼等の主観で、そこに最初から何らの客観性、合理性、最善性も存在しない。だから、理論的には奴隷制の時代に遡って、存在しうべきものではなかったとする「後づけ論」には正当性がある。また、同じ様に、どこに住む人間であろうと、誰であろうと、あらゆる法理念が他の人や他の人々に同様に適用されることになる。人間集団生活は必ずしも国家内だけではない。人間は地球全体に存在する。従って、法理念が人間思考の集大成であることから、当然全世界的な調整をも視野に入れているので、その対象は必然的に全人类的（過去、現在、未来をも含み）対応へと拡大する。超個人的という意味はそれを指している。

現実の法的思考・思索には、普遍性、客観性を有する、いわゆるユニバーサリズム的なものと、未だそれを充足していない、いわば特殊部分的性質のパティキュラリズム的なものが混在している。しかも、特殊部分的性質の思考が正当な理念に対峙し、排除する場合や、また古い原理により新しい理念を否定・排除する立論もある。これらの実態を解明し、その問題点を指摘し、その様な立論に反駁を加え、除去し、正当な理念を擁護、保持することも法律学の主要な任務である。これらについて以下例を挙げて検証する。

憲法学では、さも真実であるかに見せて、その実虚構されたものであり、それにより主張する側の主観的利益のみを実践しようとするものを「イデオロギー」というが、確立された憲法理念に対抗する政治的現実論は正しくイデオロギーといえる。これらはいずれも新たな理念により、彼等の主観的利益が排除されることに対する拒絶の現われに過ぎず、法の諸理念を改ざん、変形、修正し、過去の不合理な法状況を依然として、継続しようとする試みからのものであり、過去への回帰的思考である。これらについての検証を憲法を大きく、憲法の基本原理、自由主義、民主主義、平和主義の四分野に分けて行う。

まず、憲法の基本原理に関し、検証する。(1)「法の支配」と「19世紀ドイツ的法治主義」。「法の支配」は不合理な政治や政治権力を排除する原理であり、近・現代憲法の代表的基本理念である。19世紀の絶対王制からは決して容認できない理念論である。そこで用いられた立論は、「法律」という形式で成立した「法」により統治されれば、内容や手続がどの様なものであれ「法の支配」とする。さらに、そこでは「法律」の成立過程は、法学の対象から除外され、ひたすら議会のみが検討しうるものとされた。これは、当時ドイツで主流となっていた法実証主義法

学派の主張で、「法律」の制定プロセスは、政治のプロセスであり、法学は成立した法を大前提とすべきとする主張である。この立場では、成立した「法律」にも法学の介入は不可能となり、常に現実具体的な政治権力の下位に置かれ、法理念が政治権力に対し全く作動不能となる。これにより、理念論が排除され、「法の支配」の確立にも拘らず、旧態然たる不合理、恣意的な政治権力の犠牲となったのである。

(2)「公共の福祉」と「全体主義」。「公共の福祉」という概念は多義的で、憲法学では、人権同志のぶつかり合いを調整する原理論をさす。また、一般的には、いわゆる福祉を意味することもある。しかし、ここでは、もっと根源的な意味で、個体と個体、個体と全体の権力的支配を前提とした調和ではなく、客観性、合理性、最善性を有する調和をいう。近代以降の法の基盤は、個人の尊厳を中核とし、同時に全体との対応を考慮するものである。従って、ここでの全体は、人間としての価値が尊重された各個体の集合、集積された総合体をさす。先ず最初に個人ありきである。「地球は重し、されど人の命は地球よりも重し」は、地球や他の人がどれ程美しく、大事に扱われていようと、当該個人が人間的扱いを受けず、不合理な対応をされていたのでは、何の意味も無いことを述べたものである。この「公共の福祉」に対しても、対抗的手法が存在する。そこでいう全体は特殊なフィルターを通し、独特な独自の抽象化された観念から捉えられた全体である。例えば、戦前戦中の「全体のために」や「悠久の大義」や「国体」や「大和民族」、「大東亜」等であり、現在においても、「国民のため」や「日本国家」や「国益」等を用い、必ずしも個々の個人の価値を基盤とする全体とはいえないものがある。抽象的に全体を捉えることにより、特定の集団や特定の個人の利益のみを追求する意図を隠す手法であり、その実全体の実体は、戦前では天皇制や軍、独占資本家であり、現在では、大企業や官僚、特定の政党や利益集団や労働組合等である。これらも、「公共の福祉」という法理念の登場の本質とその意義をかいくぐろうとする政治的現実論の典型的例証である。

(3) 法実証主義的発想による例。前述の如く、法実証主義の立論の特徴は、法律論は成立した実定法のみを根拠とすべしとするところにある。この点から特に問題となるものの例をいくつかあげる。

①イエリネックの国家法人説。国家法人説自体は承認されているが、この説が登場した当時に遡ると、ここで対象とされるべき問題点がある。国家の最高意思決定機関と最高執行機関を具体的に「誰」が占めるかに関して問題が生ずる。イエリネックは機関の設置は法的問題として対応するが、機関を「誰」が占めるかは、いわゆる社会学的問題とし、現実具体的な社会における勢力関係で決定されるとし、法理念論が排除される。従って、現実具体的な対応としては、国王側や反民主的勢力が占めても法的には全く問題がないという結論となってしまう。これは、法の客観性、合理性、最善性とは絶対に相容れないものである。法律論からは、国家法人説の出発点におけるあり方には問題があり、この様な手法により法律理念論が排除されたのである。

②ケルゼンの国家法一元論。ケルゼンの国家概念では、法の全体構造が国家の本質だと考える。確かに、国家の統一とその作用は法秩序を前提として実践される。しかし、法の本質は、

実定法の存在そのものにあるのではない。人間の叡智の集積により確立されたという点にある。実定法に関する法理論的正当性が重要なのである。人間の営みにより、“存在する”ということをお前提として論を進めることは問題である。人間の思索は厳にその本質を吟味、検討する必要があるからである。その条件を充足したもののみが存在しうるのである。法に関する人間の思索には特に厳格で、緻密な注意を要すべきことは歴史が証明している。

③憲法改正に関する無限界説。実定憲法については、世界的に改正が及ばない規定として、いわゆる根本規範とされる基本的人権と国民主権が存在する。日本では、平和主義も根本規範とする見解が多い。根本規範は正しく、憲法がそのためにこそ作られた最も重要な規範で、これを排除、下落せしめる改正は、「憲法の自殺」とも称される。

しかし、この見解に対し、法実証主義からの批判がある。彼等によると、規範に価値序列を設けることは、価値判断であり主観的対応にすぎないとする。その結果、すべての規定が改正の対象となる。また、立法作用は政治的価値判断作用で実定法化の途中のプロセスにすぎず、従って、法学の対象にはなりえず、法学の介入は許されない分野となってしまう。しかし、法学の最も重要な本質的役割は、どのプロセスであろうと、その内容が客観的で合理的であるか、最善であるかを確認し、検討することである。学問の対象はプロセスにより区分されることはない。また、彼等の主張は、本質論を避け、新しい理念の回避のための便宜的手法にすぎない。この主張は、近代以降においても旧体制や近代憲法の諸原理に対抗する勢力を支えるものとなっている。人間生活の客観化、合理化に対し、かつての不合理な対応に回帰させようとするものである。

憲法改正と根本規範に関してはいわゆる“八月革命説”（宮沢説）がある。明治憲法から日本国憲法への変化は、手続的には明治憲法 73 条により、明治憲法の改正として成立しているが、これは憲法理論上不可能であり、ポツダム宣言の受諾が明治憲法に対して一種革命的効果を発揮し、法原理的には、明治憲法とは全く連続性、継続性のない新たな民主的憲法が成立したとする理論である。現代憲法にとって民主制の原理を否定することは法理論的には不可能ということの意味する。しかし、この理論は法の本質論から見た場合、いささか法形式論的に過ぎると思われる。法の最大の目的は、人間の営みに対する客観化、合理化の促進であり、近代憲法理論の根本規範原理の誕生は不合理な過去への回帰の排除にある。過去の日本国民の人間生活における不合理への回帰を排除する人間思考による新たな日本国憲法の誕生は、長期にわたり悲惨な形で虐げられてきた人々の深く、堅い決意を基に形成されたものであり、心の深奥からの吐露として実定法化されたもので、その意味で連続性、継続性は存在するのである。法の成立理論に関しては、純然たる法形式論からの側面と、実質的本質的側面の両側面が存在するのである。

3. 自由主義の理念をめぐる諸問題

ここでは、自由主義の分野における法理念論に対する政治的現実論の主張を検討する。

自由主義の原点は、前述の合理主義的自然法思想から発展したものといえる。人間は世界中多数存在し、その姿も頭脳も神に似せて創造されているとする宗教的ドグマにより、たとえ一部の思索に問題があっても、他の思索がそれをカバーするに値する思考力を有すると考える。このことは、人間思考は不合理、主観的に傾くこともあるが、対等で同じ価値たるべき全人間の総合力によって、人間集団生活が合理的に運営されることをのべているのである。すべての人間の知恵の結集による全体的調整である。

自由主義の中核は、個人人格の尊厳で、すべての人間に対する平等な尊厳を意味し、各個体が真に人間に値する生存を完結することを理念の目的とし、それを前提に人間集団生活の合理的あり方を実践するものである。何故なら、全体の合理化は、個体の合理化が前提だからである。個の自由なくして全体の合理的調整はありえない。さらに自由主義の原理は、停滞している概念、観念ではなく、発展拡大するものでもある。この自由主義理念は個々の人間生活に、政治権力（国家権力）が介入すべきでないとする、いわゆる自由放任（レッセ・フェール）を基本とする国家観に結びつく。自由放任を正当化するものに、人間の自己完結性がある。これによると、かつては国家権力によって、あらゆる人間生活の分野に不合理に介入されてきたが、日常の人間生活については、個人には合理的に処理できる能力があり、もはや国家の不合理な権力介入は許されず、排除されるべきとする。自己完結性で対応可能な分野における国家権力排除の理論である。しかし、出発点は市民革命の中心的担い手であり主導権を握った、いわゆるブルジョワジーを擁護するものでもあった。彼等はとりわけ経済分野については国家の介入を一切排除したのである。経済活動を主たる営みとする彼等にとっては、国法による経済への介入は不都合であり、彼等の意のままに活動を可能にする手法としても用いられている。しかし、一般大衆にとっては、経済活動はブルジョワジーにコントロールされて自由にならない。従って、自由主義も最初から見せかけの部分が含まれ、真の自由、平等ではなく、いわば形だけの自由平等であった。ブルジョワジーにより、自由主義理念が彼等の現実的利害関係によって、その本質部分が修正され、厳格な理念として実践されなかった。しかし、ここから発展拡大する基盤が構築されたといえる。

新しい自由主義理念は主として第二次大戦後に登場する。その中核は、あらゆる人間生活分野における個人の実質的自由と平等、さらにすべての人が人間の尊厳に値する人生の達成を国家の最大の目標とする、いわゆる福祉国家（社会国家）理念である。このような思索は、空理空論ではない。過去における不合理な扱いに対する人間思考の合理的対応である。過去の不合理極まりない対応自体は非情ともいえる現実として存在したものである。それを排除する理念を空理空論とするのは、人間思考の中でも最も恥ずべき実体を示すものといわなければならない。法理念論は、過去の不合理、不条理の現実的排除を目指したもので、決して空理空論ではない。

福祉国家の中核は、実質的平等にあるが、これは絶対的に平等扱いをすることではない。例えば経済的状況の違いを配慮せず全く平等に扱うことの不合理がこれを示している。法的対応の不必要な違いを考慮し、しかし、最終的にはすべての人間が人間の「生」の固有性（命を有

し生きるということの本質)から、人間としての尊厳が確保されるに必要な平等である。具体的な対応にはそれぞれの分野で理論的な基準の設定が必要となる。

近代以降の立憲主義は自由主義と民主主義の二つから成り立ち、二つが不可分一体となり機能する。自由主義は個の拡大発展を目指し、民主主義は後述するが、全体の最善の調整を果たすことを目的とする。前者はいわば遠心力的作用であり、後者は求心力的意義を有するものといえる。現代国家を支えるこの二つの基本理念は、「国家」のみをコントロールする理念ではない。あらゆる時代のあらゆる場所において、この理念の徹底が図られねばならないので、国家を超えて作動すべき理念といえる。何故なら、法理念はすべて客観的、合理的、最善の対応なので、法そのものは必然的に統一され、全世界も一つの法秩序体の下でコントロールされることになる。

自由主義理念は出発点において既にそれにより利益が阻害され、不利な立場に立つと考える者からの不合理な反撃により、排除、減殺、抑制されていた。ここでは、その他の例をあげその問題点を検討する。

(1) ジョン・ロックの自由主義理念。近代立憲主義の理論的創始者であるロック自身、自由主義を支える母体をブルジョワジーとした。彼等も封建身分制度の下では一般庶民と同じ立場に置かれていたので、共通する部面は多かった。しかし、経済的問題では、一般庶民と利害が激しく対立する。むしろ、一般庶民にとっては、国家の介入による支援が必要となるが、政治的リーダーシップを握るブルジョワジーは不介入を原則とする自由国家の原理論を盾に排除するのである。しかし、人間に値する生活からは明かに矛盾し不合理であるが、皮肉にも自由国家の不介入の原則には合致するのである。即ち、ブルジョワジーの側に立つロックは、この点に関しては、政治的現実論の立場を免れなかったのである。

(2) 「人権」と「法律の留保」。人権は、個人人格の尊厳を基盤に、当該個人の生存があらゆる部面で実質的に人たるに値するものとなる様に主張しうることを主眼とする。この理念は、根本規範論により、諸憲法理念の中でも最も高い位置を占めるものとされている。しかし、この理念に対しても、これを排除、あるいはその意義を下落せしめ様とする主張が存在する。それが「法律の留保」といわれる、いわば“偽の原理論”である。「法律の留保」を示す典型的な例は、明治憲法の条文に存在する。「法律ノ範囲内」や「法律ニ定メタル場合ヲ除ク外」がそれである。明治憲法は、絶対君主制が基盤の19世紀ドイツ・プロイセン憲法を模範とし、神権絶対天皇制を政治の中核原理としたものである。近代国家では、国民主権と人権が大前提である。この点、「法律の留保」は憲法規定の核心である人権に対し、憲法の下位にある議会(當時は帝国議会)の「法律」により、その保障の程度を決定、規制することを認める原理である。これは憲法原理論にも反し、憲法理念論をも否定するものである。新たな理念論である「人権」の確立、実践は、これまで恣意的独善的利己的に自己の利益のみを追求して来た側にとっては、何としても避けたい状況である。そのための手段として登場させたものである。しかし、これは過去の不合理な体制に回帰させることにすぎず、法の理念の本質に真向うから対立するもの

である。

(3) 歴史法学派に関する例。この学派の思考の中核は、法の本質を民族精神の集大成と捉えるところにある。法は民族の文化、言語、伝統、歴史と密接不可分の関係にあり、それを基盤として形成されるとする。民族と共に発展し、民族と共に衰退する。19世紀ドイツで典型的に主張された。フランス・ナポレオンによる市民革命と近代法制度の輸出を名目に、ドイツを席卷する手段へのドイツ・ゲルマン民族の対抗である。確かに、フランス憲法はフランスにより創設されたという事実は否定できないが、それにより実践されることになる法理念の源は、あらゆる国民、あらゆる民族の辛い、悲惨な人間生活の歴史を経て、人間思考の集大成として、イギリス、アメリカ、そしてフランス、究極的には世界の諸国民、諸民族に展開されてきたものである。重要なポイントは、一つの民族を超えた全人類、全国家的、全民族的思索だということである。従って、当該学派の主張は、法の普遍的性質を軽視し、特定の民族の特殊な利害関係のみ促進する手法に通じる。

(4) 「人権」と「法規」概念。人権は、その本質において固有性という特殊な地位で保障されている。しかし、特に、19世紀ドイツで「法規」概念として主張されたもので、人権は承認しつつ、その実質的内容を限界づけ、制限、限定しようとするものである。議会が制定する「法規」は、人権や自由が不合理に制限、制約されない様に、また、義務が不当に課せられない様に、正当な理由の場合のみ、人権に対する制約立法や義務を課す様に、国民の代表者によって監視、コントロールし、国民の代表者自身で充分熟慮するということである。国民の代表者によらなければ、国民に不利益は課せられないことをいう。確かに、この主張には合理的理由もある。何故なら、人権同志の衝突の場合は、どちらかまたは両方につき、調整のための制約が必然となり、また、国民に義務を課す場合も生ずるから、これらを合理的に実践する機関として議会が存在するのである。しかし、この「法規」概念では、逆に言えば、議会によりさえすれば、自由、人権の制約ではなく自由、人権を特定の人間に付与したり、特定の人間に課されている義務を解除する「法規」は政治的判断による対応が可能となってしまう。このような概念規定により巧に法理念が排除されてしまうことになる。この手法は、明治憲法下や戦後間もない時代までも実践された。人権の制約は人権そのものの本質からではなく、国民の直接の代表者で構成された議会の政治的判断で可能とされた。

(5) 「立法者拘束説」と「立法者非拘束説」。これは平等に関する理論で、不合理な根拠で人を差別する法の制定は認めない点で共通するが、前者はその様な立法の制定自体を違憲とし、さらに不合理な差別を排除することを立法者（議会）に義務づけるものである。これに対し、後者では平等に関し、どの様な立法を制定するかは議会の自由とされ、結局立法者が制定した法律を平等に適用する法適用の平等に帰着する。これも19世紀ドイツの対応で、立法作用は法的に制約されるものではなく、法の上の作用となり、政治的配慮を優先し、憲法理念が貶下されることになる。

(6) 制度的保障論。この理論はドイツのカール・シュミットによって提唱されたもので、

1919年ドイツ・ワイマール憲法により一挙に拡大した人権規定を整理し直すという口実の下に、実定憲法では人権として規定され、理論的にも人権分野に入ると考えられるものを人権から排除する効果をもたらした理論である。この理論の骨格は、人権としては認められなくても、繰り返し実践され認められてきた制度に対しては、その中核部分は憲法により保障され、議会の法律によっても侵害されないことにある。その典型的な例は、政教分離の原則、大学の自治、私有財産制、地方自治で、現在の日本国憲法下においても判例、多数説となっている。

しかし、憲法の規定は人類の不合理な苦痛からの人間性の回復・解放の確立であり、その中で人権規定とされたものの本質的重要性を考えると、このような人権下落の理論は絶対に認められない。この理論の背景には、このような飛躍的人権拡大を認めたくない旧体制側の意図があり、この理論はそのための手法であった。その意味で、これは“偽の理論”であり、政治的現実論にすぎない。

(7)「人権」と「19世紀的自由国家論」。あらゆる憲法原理論は発展、拡大する。自由主義についても消極国家観から個人のあらゆる生活部面に対し、国家は積極的な介入を行い、人間の尊厳を確保する積極国家観へと変遷した。そのため、人権においても自由権のみならず社会権、参政権も確立され、各人権分野の拡大、発展も図られた。しかし、依然として19世紀的自由主義論で対抗し、「福祉国家」、「社会国家」を排除する見解がある。その根拠は、自由主義は元々消極国家であり、福祉国家は積極的対応なので理論的に矛盾が生ずるとする。しかし、この理論は完全に破綻している。既に排除された古い原理論を用いて、その後論証され確立された新しい原理を否定しようとするからである。これは、どうしても過去の状況に戻すことが自己の利益となる側の政治的現実論である。自己の主観的利益のみに拘泥した思考から脱しきれない、法理念論からは最もあるまじき主張といえる。

(8)「福祉国家」への問題提起論。“福祉国家論は国家独占資本主義の矛盾をおおいかくすイデオロギー的理論”とする見解がある。確かに、福祉国家を実践するかに見せて単に口実として使い、その実これを実施しないかあるいは回避することはある。しかし、それが故に福祉国家理念そのものが理論的に否定される訳ではない。このような主張は、排除されるべきものと本来是認されるべき理念をも共に葬り去ってしまい、理論的にも不合理となる。これは過去の不合理へのこだわりを強くし、新しい理念に対応する余裕をも捨ててしまうものである。この主張はそのような政治的現実への予防的主張ではあるが、そのためにすべての新しい理念が危険にさらされてしまうことにもなる。重要なことは理念をいかに確保し、実効ある形で実践するかの問題である。

(9) ルーズベルトのニューディール政策に対する連邦最高裁の対応。1929年に始まる世界大恐慌に対し、アメリカ大統領がとった対策が有名なニューディール政策で、大統領と議会、国民の連携で立法による経済問題への国家的介入で打開しようとした。しかし、最高裁は旧自由国家理念を理由に、立法による経済問題への国家介入を認めず、関連立法をすべて違憲とした。国民生活ひいては国家生活に対して、その窮地を回避する可能な対策が存在するにも拘ら

ず、旧態然たる憲法論を根拠に排除されたのである。憲法の目的は古い理念を金科玉条の如く死守することではない。常に客観的、合理的、最善の対応をすることである。確かに、実定憲法は常に先行するため、タイム・ラグが生ずる。その場合は、憲法の本来の趣旨を踏まえた新たな理論的対応が要求される。

その後、最高裁判事の入替えにより、いわゆる「二重の基準」を基盤とする新たな判例理論を打ち立てニューディール政策を合憲とし、建て直しに着手出来ることになった。

(10)「脳死」概念による「死」の拡大解釈。これもある意味憲法理念に対する現実論的変容の一例といえる。「生命」は、不可譲渡、不可信託性を有する人権の価値体系の最上位を占めるものである。「生命」の終焉は、心臓停止とされてきたが、近年に至り能の活動停止「脳死」へと変わろうとしている。心臓移植を可能とする医療的メリットからする現実的要請が根底に存在する。そのため、「死」を人為による解釈の問題と化し、単なる思索による独善性に走る可能性が生ずる。確かに、具体的な人間の諸活動の調整は、人間思考に委ねうるが、本質的に人間の思索で対応すべきでない分野がある。ここでは「生と死」である。たとえ、これに条件を付しても、人間思考に委ねることにはなじまないものである。この様な対応は結局「死」の取扱いのみならず、「生」をも対象とし、さらなる深みへと進むことになる。「生と死」については法的思索の及ばない特殊な問題である。それは、「生」を究極の価値とし、「死」についても「生」を完結する重要な要素であり、二つは不可分離性を有し、人間思索によって処理することの出来ない、重い、厳格な分野だからである。

(11) 裁判規範性の否定と人権のインフレ化現象の主張。この二つは異なるものではあるが、その根底には共通するところがあるので、粗雑になるがまとめて説明する。人権には様々な分野があり、それぞれが拡大、発展し、さらに多様な人権が形成される。しかし、実定法に規定されても判例で法的執行力が否定されることもある。また、理由は異なるが新たな人権に対し、人権のインフレ化と称し、これを否定する主張もある。確かに、人権として承認されるには理論的な論証が必要であり、一般的には、個人の人格的生存に不可欠であり、個人が自発的に行う行為であり、誰でも実行できるものであり、それを行っても他人の権利や自由を侵害しない、等である（芦部説）。しかし、理論的に確立し憲法理念として認定されているにも拘らず、人権のインフレ化論で否定することは出来ない。しかし、この様な主張が通る例は、憲法前文に対する裁判規範性の否定、平和的生存権の否定、社会権自体は人権であると認めながら、しかし、憲法第25条から第28条の社会権規定の裁判規範性の否定いわゆるプログラムの規定等である。これらの主張も、現実具体的な政治的利害関係により憲法理念論が排除された例といえる。

4. 民主主義の理念をめぐる諸問題

憲法学では民主主義の定義は、一般的に個々の国民の意思を基盤として国の政治のあり方を

決定して行くことをいう。そのための諸原理が民主主義の原理である。これらに対しても様々な排斥、排除理論が存在し、その検討を行うが、その前に民主主義自体の中核となる点についてのべる。民主主義の根幹をなすものは、共通認識としての全体の調整を前提とし、いかに全体を客観的、合理的、最善の形で調和、調整するかである。ここでいう全体は、個性を持った実存する具体的な個体の集合体であり、前述の抽象的、観念化された実存しない全体ではない。この調整は、全体を構成する個体の積極的な意思による対応を基本に、それによって集合体の合理化が図られ、個体自体もその中で豊かな生活が実践できるからである。従って、個体の連携と協働作用が要求され、そのための法制度と、種々様々な特別な機構を創設し、実効力ある形で実践される。それらの機構やその実践に関する諸問題を扱うのである。

前提とされる共通認識としての全体の調整は、国家形成の正当性に関する理論である、いわゆる社会契約論により論証される。国家形成以前における自然状態の下では、個々の人間は権力者による恣意的な不合理な圧力によって生存すらままならない状況にあった。そこで人々は自然のうちに有する個々人の自由や権利を特定の人あるいは人々（国家権力）に信託し、そのかわり各個人の「生」と生活を確保してもらうための契約が両者間で結ばれるとする。社会契約の中核は、「生」と「人間生活」の確保であり、さらに重要なポイントは「信託」である。国民はそれを達成する実践行為のみを国家に信託したのであり、従ってこれらの実践に関し、国家を指揮、命令、監視、監督することができることになる。しかし、トーマス・ホッブスによる初期契約論では、その信託にも拘らず、国民の政治への具体的参加はなかった。即ち、社会契約論においても一種トリック的手法による対応がなされているのである。しかし、ロック以後はブルジョワジーにより、国民の政治的主導権が承認実行され、発展し現在に至っている。

今日における国家形成理論たる社会契約論の基盤は国民主権で、すべての国民の政治への参加（直接間接を含む）を大前提としている。その政治への参加については、三つの形態が考えられる。(1) 国家の意思形成への参加 (2) その意思の実践への参加 (3) 実践の結果に対する評価への参加、である。ここでは基本となる国民主権に関する原理論上の諸問題と、その実際的対応を三つの形態に則して検討する。

まず、国民主権の理念を排除しようとする政治的現実論の主張を検討する。ロックにより、“国家の意思を体现するのは国民”だとされたが、実際にはこの国民はブルジョワジーであり、いささか政治的現実論の意味を含むものだった。さらに、その特徴を見る。①主権は分割されないとする主張により、その持ち手は全体としての国民、ロックでは結局主導権を握るブルジョワジーとなる。似た手法に法主権論、国家主権論、ノモス主権論（ノモスは法の究極の理念）等がある。しかし、これらは、いずれもここでいう国の政治のあり方を最終的に決定する意思を有する存在、意思し行動する存在としての主権者ではない。この様な主権主体論はいずれも本質問題をごまかすものとして用いられることもある。②間接（代表）民主制の主張。国家意思は国民の代表者により形成され、国民の直接意思を排除する。③制限選挙制により一般庶民を排除する。これは明らかに国民主権の本質に反する。しかし、国民の中から代表者が選出さ

れている限り、理論的には、矛盾がないことになるが、一般庶民の選挙からの排除自体明白に政治的現実論である。④議員と選挙人との関係は自由委任とされ、法的関係ではなく、議員による自由な政治的判断に委ねられる。この点、現在でも国民向けリップ・サービス発言で多用され、一種騙しのテクニックでもある。しかし、ブルジョワジーにとっては特に支障はない。これらの特徴を含んでロックの主権論はいわゆるナシオン主権論と称されている。

同じ国民主権を基盤とするジャン・ジャック・ルソーの主張の特徴について説明する。①分割された主権論。主権は行使については有権者が分割して行使し、非有権者については行使は出来ないが、分割された形で主権の主体性が認められることになる。これは、国の政治の方向性を具体的に決定する際における個人人格の尊重につながる。②すべての国民による平等参加を基本とするから、直接民主制になるが、実際には間接民主制を採らざるを得ない。③普通選挙制。代表民主制によるとしても①により、当然普通選挙制になり特定利益の代弁者的対応から脱却する。④、②より直接民主制を原則とするので、代表者と選挙人との対応関係は、議員が必ず選挙人の意思に従って行動すべしとする強制（命令）委任になる。それに反した場合は、リコールとなる。このルソーの主権論をプーブル主権論あるいはピープル主権論または人民主権と呼んでいる。

現在の主権論は、この両者を折衷したものといえる。①、②についてはロック流、③については主としてルソー流、④に関してもロック流といえる。従って、現在も問題が多く存在し、さらにこれらを超えた体系的な主権論が存在しないという状況で、これが一番の問題点かもしれない。両者を前提とし、現在の問題を検討する。

（1）政治への参加三形態における問題点。①意思形成における参加。国政レベルでは間接民主制が中心であり、直接民主制は憲法改正国民投票、最高裁判所裁判官の罷免権、地方特別法の住民投票のみである。もっと多くの直接民主制的対応を考えるべきだとする主張に対し、日本国憲法の前文と第43条により、間接民主制をとっていることを根拠に否定的見解が強い。しかし、この根拠には問題がある。第一に、現代憲法の思想的基盤たる合理主義的自然法の本質には、多様な人間による叡智の結集が前提とされ、当然、直接民主制的意思表明が合理的といえる。国民の意思を直接問う必要がある。第二に、社会契約論は不合理な政治権力支配からの解放を図り、その様な状況に置かれた人々の主張が直接反映されることを重視する。代表者により歪められたり、変容、変質されることがあってはならないのである。第三に、憲法制定当時では、現在の様にコンピュータ化されておらず、技術的、経済的、時間的に直接民主制を実践することが困難だったにすぎない。しかし、すべての問題を直接国民の意思で判断すべきことを主張しているのではない。②意思の実践への参加。国家の意思の実践は、主として公務員によって行われる。しかし、信託された職務を誠実に実行しない場合の対応が必ずしも充分とはいえない。憲法上公務員の選定、罷免は国民固有の権利ではあるが、すべての公務員に対して直接行うことは不可能であり、そのためメリット・システムにより能力を中心とし、その職務の遂行と地位の確保を図っている。しかし、これにより公務の完全な合理的実践が達成

されるとは言えない。その個々の公務につき具体的な検討が必要となる。請願や異議申し立て、裁判という方法では、問題の解消方法とはならない。ここでの問題は不合理な人事や天下り、経費の濫用・不正使用、省庁ぐるみでの不正行為、不合理な職務遂行等が対象であり、国民は批判、非難は出来てもこれらに対して強力な法的措置はとれないのが実状である。もともと公務は国民から信託されたものであり、委託者による受託者への強力な指揮、命令、監視、監督権の下で実務が行われることが重要なのである。その点注目されるのは裁判員制度である。しかし、問題は何故刑事事件かという点である。真に国民の意思を反映させる制度の創設が目的であるならば、直接国の政治のあり方をコントロールし、全国民にとって最も重要であり最も大きな関心事となる憲法事件、行政事件がまず対象となるべきではないのか。これも国民の意思によるコントロールを回避する手段で、しかも国民の意思を導入している姿勢を示しているにすぎない例である。この制度を行政や立法に拡大し本来の権限の持ち手による介入の必要がある。③実践の結果に対する評価への参加。国家の意思はその具体的結果の検証ですべてのプロセスが終結するのである。何故なら、所期の目的の完全達成から、不十分な状況、全く達成されていない状況、さらには最初から何も実践されていない状況等が予想されるからである。本来の権限を有する国民の評価が問われるべきである。この点、ほとんど法的対応が用意されていない。②と同様、裁判等の手段があるとする説もあるが、国民主権論、信託の前提からは説得力あるものとはいえない。以上の諸問題の解決は容易ではないが、直接国民による国政への参加の機会を拡大し、特殊な人間の知恵のみに頼ることなく、あらゆる人間の叡智を導入することが最も肝要である。

(2) 権力分立原理とこれに関連する問題。国家統治は信託により国家の諸機関が国民に代って実践するが、この統治をコントロールする原理論がいわゆる権力分立論である。

権力分立論の中心的主張者はジョン・ロックである。その原理の中核は議会内権力分立にある。議会における議論による政治的闘争を通じ国家の具体的方向性が決定されるというものである。各代表者の背後にはそれを支持する勢力集団（利益集団）がある。これらの代表者が最高法の憲法の趣旨を踏まえ物理的権力ではなく、民主的な討論を経て多種多様な意見を調整し、集約し、より中和された政策を見出すのである。いわば民主的権力闘争である。しかし、出発点からその趣旨を回避し、政治的意図からその本質を歪める対抗理論が存在した。

その対抗理論は、モンテスキューの『法の精神』（1748）を利用し、本来の主張とは別ものに変形して対応する手法である。いわゆる「三権分立論」である。現在一般的に用いられている三権分立論は、権限分配論、形式的権力分立論といわれ重要な役割を果たすものであるが、当該括弧つき三権分立論はこれと全く異なるものである。

この対抗理論も19世紀ドイツの手法である。旧体制にとっては新たな理念論では自己の存立と利益の確保が困難となり、彼等に有利な立論にせまられる。モンテスキューもロックの主張を踏まえ、議会の権限を占める中心勢力は国民と彼の出身母体である貴族とし、国王には与えず、国王は行政権を有することをのべる。また、司法権についてはある意味「無」とのべ、

貴族の権限とする。最も重要な権限は議会で、これについては国王を排除したのである。革命直前のフランスにおいてもこのイギリスの政治制度の説明は非常に重要なものであった。19世紀ドイツにより、当該理論の中核が三つの国家機関に対する権限分配と三者の相互関係に変わらされたのである。その結果、最も重要な議会在単なる一国家機関となり、三機関の並列関係の問題と化し、議会の構成やそこでの中和された結論への到達でいかに合理的な政策を決定するか等に関する本質的部分が中核問題でなくなる。従って、議会の権限を旧体制側や特権階級が占めることも何ら本質的な問題でなくなる。それにより議会を支配する勢力は当然、国政を方向づけ、どの様な不合理な政策であっても他からの介入は不可能となる。三者の関係も重要ではあるが、国政を方向づける国家の意思決定が最も重要で、これを「三権分立論」がうまくいっていったのである。

(3) 権限分配論から見た問題点。現在では国家機関に関する権限分配論も合理的な相互関係に関する原理論となっているが、この原理論についても問題がない訳ではない。国家機関はどれも国民に対し最善の対応を設定し、実践するため各機関は自己の権限については勿論のこと、必要な場合には他と連携し、協働、協力関係で不可分一体となって対応すべきことを本質としている。三権は相互にチェック・アンド・バランス（抑制と均衡）で作動するが、対立、対抗、抗争を本質とするものではない。しかし、不合理な対応の機関に対しては、問題を指摘しあるいは抑止的作用が必要となるので、相互関係における問題点について以下検討する。

①立法と行政。ここでは行政権の肥大化により、立法権が本来の機能を発揮できず、弱体化させられているとするいわゆる行政権の肥大化現象の問題がある。特に福祉国家の登場により行政による積極介入が要請され、行政権も拡大し、予算も当然増大し、主導権は行政が握ることになる。これにより、立法作用そのものが行政のコントロールに服する観を呈し、議院内閣制をとることから増々その印象を強くし、議会は行政の意を通す同意機関と化したという主張である。しかし、この主張には大きな問題がある。三権の存在と作用の究極的目的は、集団構成員の個々の生活と全体生活の合理的実践である。従って、三者は常に不可分一体となり、その目的に向って思索し、実践し、効果をあげることに邁進すべき存在である。何故なら、三権が独自に作用する国家体制は理論的にあり得ず、常に矛盾なく、相互調整の下で協働して行動するべきものだからである。福祉国家理念の下でもこの本質は変わらない。議会はその能力を自己の分野では発揮し、協働作用でその役割を果たすことが両者の相互関係で重要なことである。主導権はケース・バイ・ケースであり、常に立法あるいは行政が発揮すべきものではない。従って、行政権の肥大化による弊害をことさら強調し、立法の弱体化に、結びつける主張は必ずしも正鵠を射たものではない。むしろ、この主張の背後には福祉国家への抵抗と立法の情勢把握能力の低下と行政の高度化とのギャップが存在し、これを理解せず、ただ自己の優先性を主張するところに問題がある。

また、議院における証人の宣誓及び証言等に関する法律では、公務員の証言につき、国家の重要な利益に悪影響を及ぼす旨の内閣声明により、公務員は証言又は書類の提出をしなくても

よいことになっている。これにより議会の機能が阻害されることになるが、問題はむしろ国家の重大な利益に関する事項が議会の検討対象外となることである、これも政治的現実論からの対応といえる。

②立法と司法。違憲立法審査権が三権分立の原理に反するという主張がある。三権の協働作用性からは問題だとする。違憲立法審査権を問題視する背景には、立法権は直接国民を代表するもので他の機関とは異なるとし、そのことにより特定の代表者を主導とする国家運営を实践しようとする思わくが見てとれる。この様な意図を排除するためにも、法的には三権をコントロールする究極の上位機関である最高意思決定機関たる有権者団とそれをも含んだ国民の意思の集約として、憲法で認められた違憲立法審査権が果たす役割は非常に重要であるといえる。しかし、実際には、この制度によって出された違憲判決は外国と比較して少ないと評価されている。そこには二つの原理論的問題がある。一つは、いわゆる司法消極主義といわれる理論で、立法は實際上他の機関とりわけ行政との協働作業で形成される。立法作業の専門でない司法は、立法、行政に対して“謙譲と敬意”を払うべきとする考えである。ここから一般的には、その作業に合憲との推定が働くことになる。この“謙譲と敬意”はあくまでも合理的な対応に対するものであり、そうでない時にまで持ち出すべきものではない。違憲立法審査権の真の意味は、個人や集団生活にとって不合理な立法、行政のみならず司法作用の徹底的排除にある。“謙譲と敬意”が不合理に用いられれば、どの様な立法も行政も問題がないことになる。

もう一つの原理論は、統治行為論といわれるものである。裁判で対象となる事件は法律問題即ち権利義務に関係する問題である。とりわけ、政治問題については裁判から除外されるとする理論が統治行為論である。確かにすべてが純然たる政治の問題であるか、政治問題が先行する場合は裁判所になじまないといえる。しかし、理論的に分離対応が可能であったり、法律問題が先行する場合はこの原理は作動しないが、実際には政治問題を含むものであれば、統治行為と判断されることがある。この場合は、司法に信託した作用が合理的に機能しないことになる。これらの原理論には必ず特殊な使い方が伴い、不合理を遂行するためのみならず、不合理な機能が主で合理的機能が従ということにもなりかねない。

③行政と司法。行政と司法も本質的に上下関係ではなく、協働一体的関係である。行政の個別具体的作用に対する司法判断は前述の如く重要であるが、注意すべき問題点に、事情判決、裁判所の執行停止に対する内閣総理大臣の異議申立て、独立行政委員会の裁決に関する実質的証拠法則と裁判官の内閣による任命権がある。これらについて検討する。

行政事件訴訟法では、取消訴訟において、当該処分又は裁決が違法と確認されても、取消することがかえって公共の福祉に反する場合、裁判所は、請求を棄却できる、とある。これを事情判決という。排除されるべき害悪とその排除により新たに生ずる不都合との比較衡量による判断である。しかし、違法とされたものを、公共の福祉によって法的に不問に付する対応は法の支離滅裂性を示すにすぎず、容認は不可能である。事情判決の典型は、選挙における一票の較差に関する判決で、選挙は違法であるが無効とはしないとす。国家行為による違法な選挙で

あるにも拘らず、公共の福祉という純法理念を極めて主観的、政治的に御都合主義で利用し、国家の不合理を見逃すことは許されず、法理念論を根底から壊滅させることにもつながる。これは、行政権に対する司法権の不合理な劣位性のみならず、国家機関全体に対する法理念の排除をも意味する。

行政事件訴訟法の規定により、裁判所の執行停止に対し、公共の福祉に重大な影響が生ずることを理由に、内閣総理大臣が異議申立てをすると執行停止ができなくなる。これも前述同様、公共の福祉の本質から理念論上は問題があり、司法作用が不合理化されることになる。

いわゆる独立行政委員会の準司法手続において、委員会が認定した事実については、これを立証する実質的証拠があるときには、裁判所を拘束する原則を実質的証拠法則という。これに対し行政の越権であるとする見解もあるが、実質的証拠かどうかは裁判所の判断であり、問題はないとされ、判例でも認められている。ここでのポイントは、法的訴訟においては常に司法が優先性あるいは主導権を発揮すべきであるのではなく、三機関のそれぞれの専門性の適切な対応にある。行政が合理的に作動している限り、その能力が適切に発揮されるべきであり、それに対して司法が主導権を行使しようとするのは間違いである。従って、この制度は問題とはならないが、この制度を互に不合理に利用しようとすることは避けねばならない。

最後の問題点は、内閣による裁判官の任命である。最高裁判所長官は憲法第6条により天皇の任命になっているが、天皇には政治的権力は一切なく、実質的な任命権者は内閣である。従って、裁判所の人事権はすべて内閣が有する。任命を通じ司法へのコントロールが可能となるが、裁判官は他と異なりその職務と身分についてはいわゆる裁判官の独立、より広くは司法権の独立によって保障が強化されているので、任命権者にとって不本意な結果となっても排除が困難となる。そのことが逆に種々の不合理な対応へと導くことになり司法を歪めることになる。例えば、不都合な結果を避けるため内部的圧力を利用したり、いわゆる裁判官会同と称する内部的教育手段等の存在である。

(4) 議会制民主主義の問題点。議会制は民意反映手段として非常に重要な存在であった。しかし、現在議会制は絶対不可侵的地位を占めるものとはいえない。国民の意思に反したり、特定集団の利益に傾いたり、全体の合理的調整に欠ける場合等が多く、さらに代表者（政治家）の究極の目的は政権の奪取であり、そのためには“心にもなく”国民に迎合し、政権の座に着くや手のひらを返して国民の合理的意思をも踏みじめることも多くあった。これ自体は議会制というより政治家あるいは政治の問題であるが、彼等に主導権を与える議会制で留まっている限り、改善は不可能である。この不合理な状況から進んで脱出するためには、出来る限り直接民主制の要素を多用することが望まれる。すべての国政問題につき、国民の直接の意思を前提とすることは必ずしも適切とはいえないが、コンピュータ化時代で直接民主制が可能であり、不合理な議会や議員に対する国民の法的効果を伴う監視、監督、指揮、命令機能も兼ねそなえ、国の最高意思決定機関たる有権者団とその下において作動する立法との協働作用による立法機関の合理化であり、最上位の機関の本来の機能が促進されることになるのである。

(5) 政党政治の意義と理念からの問題点。古典的定義では、“政党とは特定の集団や階級の利益を統合し、その実現のため政権を獲得しようとする団体”とされる。これは正しく、古い権力政治の本質を示す定義である。一部特定集団の利益追求である。いわば古典的自由主義の政党観といえる。現在では、“選挙人団を実質的に結合し、かつ国民の実質的な政治意思の形成の役割を担当しながら、国政の媒介機能を果たすもの”とされる。政党は単なる一部の利益代弁者ではなく、調和された合理的な政策の提案を目的とする集団である。従って、それを実行せず調和された合理的な政策といえないものを堂々と国民に示すことを繰り返すものは、もはや真の政党ではなく、自ら自己が政党でないことを宣言していることになる。しかし、真の政党による意思決定においても、政党間同志の調整は困難な問題である。通常は十分な議論を通じて調整へと導くのであるが最終的には多数決原理により決着することになる。これは単なる形式化、数量化ではない。多数決原理の根底には、少数派の合理的意思への配慮が条件にあり、最善への調整をめざすのである。しかし、実際の政治では形式的審議、あげくの果てには強行採決になり、多数決原理の本質を排除し、調整機能を果たさず、エゴによる利益追求集団の対立で終わる。この様な状況では、いわゆる“ねじれ現象”が生じた場合には、彼等にとっては極めて不都合な状況となる。しかし、ねじれはある意味合理的な調整を基盤とし、最善の対応を図る政治にとってはむしろ好都合な状況といえる。何故なら、圧倒的多数を占める政党は、独善的独断の対応に傾きやすく、一党独裁の状況になる。“ねじれ”は思考する人間間では常態なのである。ねじれの時こそ最善の政治、その結果最善の法へとつながるのである。勿論、そこには一つの大きな条件がある。それは政党においても、三権と同じく不可分一体という本質を有し、彼等がこの本質に立脚して作動することである。それが最善の結果を生み出すことになる。人間思考は人間の不可分一体的協働作業によるものといえる。人間思考は多様であり、どの様な状況であれ、それを客観的、合理的、最善へと高めることが重要である。これを過去の人々がやってくれた結果の上でわれわれが現在生きているのであり、われわれもこれを軽く見てはいけない。

(6) 地方自治（地方分権）の理念とその問題点。“地方自治は民主主義の学校である”や“地方自治まって然るのち、国が治まる”などは、地方自治の重要性と本質を示す言葉である。地方自治はイギリスやスイスの歴史を通して世界的制度となって行く。人間には必ず生活の本拠地があり、この本拠地においていかに豊かな生活が送れるかが最も重要となる。すべての人間にとって、最終目的は生まれて来たその意味が達成されることである。その出発点は、そこに住んでいる人々の意思を中心に全体の調整を行うことである。これを実践する法制度が地方自治である。しかし、この原理に対して生ずる問題点について検討する。絶対神権天皇制による中央集権的国家体制の明治憲法下では、地方自治は認められない。都道府県や市町村は存在したが、いわば支配のための地域的区分にすぎず、国から独立した組織体ではなかった。地方議会があったが、その上位に国が任命した知事や長が存在した。

現在は憲法第8章地方自治により法制度として保障され、詳細は「地方自治の本旨」に基づ

いて、法律により定めることが規定されている。問題となるのは、地方自治は権利ではなく、制度的保障と解されていることである。前述の如く、中核の部分は保障されることになるが、これが何か重要となる。一般的には、住民（人民）自治と団体自治を意味し、前者はその地方の政治はそこに住んでいる住民の意思により決定され、国家は介入できないことであり、後者は各地方に国から独立した組織が形成され、当該地方の事務を実践することをいう。しかし、憲法上容認され、憲法を実践する原理にも拘らず、権利ではなく制度的保障とされるのは何故か。それは日本の政治が特に近代化以降は極めて強力な中央集権的性格を骨格としてきたからである。近代化イコール中央集権化が当然の前提となっているのである。従って、これを人権や権利にすることは、中央政治（国家統治）の力の相対的弱化につながり、国政をコントロールする中心勢力の政治力に多大の影響を与えることになり、制度的保障のレベルに留めておくことが彼等の現実的政治上必要なのである。しかしその様な中央集権化は民主主義の基盤の破壊につながる。近年再び提唱されている、都道府県を廃止し、道・州を置こうとするいわゆる道州制がこの例としてあげられる。

この道・州が国家組織なのか地方組織なのかが問題となる。前者とすれば、地方分権制への国家介入となり多数説からも是認され得なくなる。後者とすれば都道府県の排除の合理的理由が問われるが、理論的には国民の意思の支持により可能といえる。しかし、この問題は、中央集権化を意図する立場からはふれたくない部分で、今日に至ってもこの点を不問にしている。いずれにしても地方分権の下落は民主主義の下落に直結するので今後注意すべきといえる。

5. 平和主義の理念をめぐる問題点

(1) 平和主義の理念。日本国憲法の平和主義で最も重要な点は、完全な平和主義を法規範として世界で初めて規定したということである。国際的には侵略戦争のみが否定され、自衛戦争、制裁戦争は容認され、そのための戦力も是認し、国の交戦権、国家緊急権等も認められ、未だ完全な平和主義は達成されていない状況である。

日本の平和主義理念は、日本のみならず全人類の究極の不合理ともいえる悲惨でとてつもなく長い戦争の歴史から、人間叡智の結集として日本国憲法に化体し、凝縮されたものである。どの様な戦争でも終結を迎えてまず直面する思いは、たとえ勝者の側であっても、悔恨とざんきの念と人間にもたらした不幸と不条理への思いである。とりわけ第二次大戦では、最終兵器たる核兵器が使用されたこともあり、戦争に対しこれまでに積み重ねられてきたいわば形式論的対応を超えた、深奥にある心情と真の思いが顕在化したものと考えられる。次の戦争の終結では、人類の思索はあり得ないという状況に立ち去ってはじめて登場した人間生活に関する最後に残された分野の理念形成といえる。

どの様な戦争も互の現実的諸利益の得喪を基準とし、戦争以外の方法が存在し、尋常一様で

は対応しきれない数々の不合理を生み出すことを予測し得るにも拘らず、最悪の思慮の結果始められるのである。しかし、遂に日本国憲法において、このような究極の不合理に対し、客観的、合理的、最善の理念が勝利したのである。これは、気の遠くなる程の長期にわたり支配してきた、戦争に関する政治的現実論に対する最終的勝利を博した極めて重要で貴重な瞬間である。

この平和主義は日本国憲法上の規定ではあるが、決して日本国民のみによって確立されたものではないということを忘れてはならない。そもそも戦争自体他国との関係で生じ、従って一国平和主義は理論的にはあり得ない。特に、日本国憲法の平和主義理念は、G・H・Qを媒介として、すべての人類、より深い意味ではこれまで生き死んでいったすべての人間の思いと叡智の全力回転により形成されたところに特徴がある。この平和主義理念は憲法前文と第9条から構成されているが、その具体的内容は示されていないので、詳細は成立史によって知ることが必要である。この理念の本質はいわゆる三位一体説で説明されている。それは、人間生活にとって最も基本的な前提条件は平和な日常であり、これなしではすべて無意味となるので、次にこの平和状態はどの様に確保されるかになる。戦争は常に国家権力の独断、独善で行われ、後悔と犠牲はすべて国民にまわされる。これを回避するためには、どのような状況であろうと常に民主的に検討することが肝要となる。国民主導で判断する対応である。戦争に関する行為は信託から排除されたのである。国民の思慮のみにより判断するということである。戦争は、かつては国民の思慮の発揮を阻止する法制度により決行されてきた。国家緊急権や国の交戦権も正しく国民の意思を排除する手段であったが、「国の交戦権は、これを認めない」とした。次に、平和を維持するために国民の判断が実効的に作動するためには、かつての様に戦争や戦争に至るプロセスで情報操作をさせず、常に基本的人権特に表現の自由の確保により、すべての情報をつつみ隠さず、修正したり、改ざんせず発表し、またアクセスを可能にしその結果自由に討論し結論に至る様にすることである。従って、平和主義理念は国民主権、基本的人権と一体不可分で作動し、これを三位一体ということの説明している。国家の本質は個人の集合体であり、戦争の問題の本質も一人一人の人間にとっての問題であり、国家を中心として対応する問題ではない。ましてや国益という曖昧模糊とした、また特定の人間の利益を隠すイデオロギーを用いることは決して許されない。

以上は前文の中核であったが、第9条については見解の対立はあるが、第1項では戦争の放棄で、戦争のみならず戦争に関するあらゆる行為の放棄をのべ、第2項では対外的対抗力たる戦力の不保持と国の権限となっている交戦権を国民が認めないことをのべている。

前文と第9条の平和主義理念には規定にはないものも含め非常に重要な意味がある。それらをまとめると以下の様になる。①完全非武装、②完全中立、③国の交戦権の否認、④国家緊急権の排除、⑤平和の固有権化、⑥生命信託の不可、⑦戦争排除の国際化、⑧戦争をしないから戦争をさせないへ、⑨憲法の国際化、等である。以下これらについて通説により概略説明する。①、③は第9条に、②は第9条から間接的に導き出される。④については、国家の緊急事態（戦争がその主たるもの）においては、憲法を一部あるいは全面的に執行停止にし、行政府による対応が優

先的に行われる制度でほとんどの国で容認され、明治憲法にも規定されていたが、日本国憲法では前述の如く否定されていると解されている。しかし、現在いわゆる有事法が存在するが、これは当然憲法理念に反する存在となる。⑤基本的人権については、固有権性はロック等により確立されている。平和については世界的に容認されていないが、日本国憲法の理念からは必然的に平和の固有権性が導き出される。何故なら、人間生活において平和な状態は不可欠の条件であり、これは日本人のみならず世界のすべての人間の共通の基盤であり、人権そのものの根底をなすものといえる。さらに、平和の問題は一国では達成しえず、論理必然的に全人類の問題となり、この点からも人類に固着して離れない固有権性を有し、世界初めて憲法理念化したといえる。⑥信託の典型的な例は、「国政は、国民の厳粛な信託」（前文第1項）である。本来、国民の権限ではあるがその権限行使のみにつき、国家に委ねたのである。国民の意図にそって受託者が行使するのである。戦争が法的に容認されれば、結局国民がその戦争行為を強要されることになり、生命、身体、精神が何の問題も生ぜず国家により奪われ、侵害されることになる。一人一人の個人的な問題では人権は固有権とされるのに、何故大量の生命、身体、精神の破壊である戦争が全く法的問題とならないのか重大な疑問である。生命は自分自身によっても処理しえないものであり、ましてや国家によるコントロールは当然法原理上不可能だからである。従って国家の戦争行為で人間の基本的価値である生命そのものの自体の信託は不可能となる。日本国憲法はこのことを理論的に含んでいるといえる。⑦世に一国平和主義という言葉があるが、これは論理矛盾であり、日本国憲法の平和理念に対する政治的現実論からする非理論的、非本質的、反法理念的対抗理論にすぎない。何故なら、憲法前文第2項の、「人間相互の関係を支配する崇高な理想」や「平和を愛する諸国民の公正と信義に信頼して、われらの安全と生存を保持しようと決意」、「われらは、平和を維持し、専制と隷従、圧迫と偏狭を地上から永遠に除去しようと努めてゐる国際社会において、名誉ある地位を占めたい」、「全世界の国民がひとしく恐怖と欠乏から免かれ、平和のうちに生存する権利を有することを確認」等の規定は、日本政府、日本国民の痛切な反省を基盤に、世界の諸国民、諸民族も二度と再び、戦争を起さないと決意し、日本国憲法の平和主義を進んで支援したことを示したものである。その点から、日本国憲法は戦争廃止の国内的規定というよりも、実質的には世界諸国が日本と日本国憲法を通じて一体となり戦争廃棄を国際的に宣言した世界初めての国際化規定ともいえるものである。⑧以前から平和を追求する思索は当然存在するが、そのいずれも自衛戦争を容認してきた。前述の如く、日本国憲法の理念は質的に全く異なるものである。その特徴は、自ら戦争をしないと同時に、どの様な国家や集団に対しても再び戦争と戦争に関する行為をさせない様世界の諸国民と一体になり努力することを示した点にある。⑨法体系は究極的には一つに帰着する。何故なら客観性、合理性、最善性は相対的ではないからである。平和主義理念からは、ある意味日本国憲法という国内法は一種普遍的国際化法的国内法という性質を有し、先駆的といえる。問題はこの理念をどの様な方法で具体化するかである。日本国憲法はその成立において全世界の支援と協力があつた。とりわけ平和主義については、世界が一つの統一的体系の下で統治されることにより達成されるとする、いわゆる世界連邦、世界国家の思想

に立脚したものである。国家自体も元々統一体ではなかった。これを世界的規模に拡大する手法である。これを非現実的と批判する見解も多いが、批判して戦争を続けるか、理念実践で目的を達成するかの結論は自づと明白である。現在の諸原理論も、非現実的だとする批判を乗り越えて確立されたものである。

全人類は、宇宙と人類相互の関係の中からその真価たる叡智を創造し、発展しえたのであるが、その叡智の本質に真向うから逆らうものが戦争である。戦争は全人類ひいては全宇宙の成立とその全歴史に対する決して許すことの出来ない背信行為であり、冒とく行為でもある。そこに含まれる究極の悪は、人間を人間でなくさせ何らの叡智をも有しない存在とすることである。諸外国の憲法も国際法も戦争を容認し、さらに日本の平和主義は“世界の現実からはそぐわない”とか“空理空論”、“机上の空論”と一笑に付されている。この様な主張こそいわゆる政治的現実論の最たる例である。これらは特定国家や特定集団の主観的利益、いわば特殊部分的利益の追求にすぎず、部分主義（パティキュラリズム）であり、普遍的性質の主張であるユニバーサリズムとは全くかけ離れたものである。戦争はすべてパティキュラリズムのなせる技である。何故なら全人類、全宇宙の存在やこれまでの歴史、さらにはこれからの歴史、存続を慎重に熟慮、検討して客観的、合理的、最善の形で行われる戦争などありえないからである。

最後に、最終兵器たる核兵器に関する種々の問題の中で、核兵器はなくせるかという核兵器廃絶の問題がある。元々、核兵器は大量破壊と大量殺戮により甚大なダメージを敵対相手に加え自己のみ有利に立つことを意図して造られたものである。この問いはある意味、実に愚かな質問といえる。何故なら、自ら造り出した不合理な現実に対し、それを排除せざるを得ない羽目に追い込まれやむを得ず提起しているからである。また“抑止力”、“持つことは合法で、行使することが違法”とする非論理的な主張も依然として存在する。これらもすべて現実に存在する不合理な前提を正当化する非理論的、非合理的な立論である。この様な議論は極論すれば全人類を一瞬にして抹殺することの可能性とその正当性を論ずるに等しいといえる。何故なら、その様な前提自体法理念的には絶対あり得ず、またあってはならない、存立しえない議論だからである。何故この様な議論が現実に存在するのか、それは、現実には存在しうべきでないものが存在せしめられ、逆に存在すべきものが現実に存在し得ない状況が存在するからである。

6. おわりに

法は人間生活における不合理に対する止むことのない、いわば永久改革作用である。これは何億年もの長い厳しい体験と試練、忍耐と幸運な偶然を通して育まれた叡智により可能となり、現在に至っているのである。法により達成された成果は、現実には不可能であるがその観念的作用により、不合理が実践されていた過去にも効果を及ぼし、その不合理を二度と行わせない様にするのであり、一種のフィード・バック的作用を果たす。しかし、このことにより不合理

で苛まれていた過去の人々を現実には救済することは出来ない。このフィード・バックが本当の意味で効果を発揮するのは、不合理の存在と救済策たる合理化法のタイム・ラグを可能な限り短くし、出来れば間髪をいれず不合理から解放することである。その理論的対応と実践が過去の集積により成り立っている現在の果たすべき役割である。

最古の歴史では人間の先祖にとっての不都合は人間以外からもたらされるものだった。しかし、今ではそれはなくなったが、皮肉なことにその原因の主たるものは同じ人間から発するものである。今や内なる攻撃に対処しなければならない。とりわけ重大なものは不合理な人間思考からの攻撃で、その最たるものが政治的現実論であった。“現実を見ろ”、“これが現実だ”、“現実とはそういうものだ”等の表現がその典型といえる。これらは自己の正当性を主張するというより、その明らかな意図は不合理な現実への容認を示し、それを改善しようとする者への不合理な阻止にあり、さらに叡智の発揮を妨害し執行停止に追い込むことにある。従って、論破は容易であるが、問題はそれを政治的権力を用いて対応する点にある。人間叡智は究極の真理を編み出すものではあるが、具体的権力性は有しない。頼るべきはそれを基盤として考え、実践しようとする人々の存在そのものである。さらに重要な点は、人間思考の進化は不合理な思考に対するたゆまない排除によるものだという点である。

人間という存在自体、計り知れない宇宙の営みによるものでありいわば宇宙からの賜である。ロックのいう人権の固有性の真意もここにあるのかも知れない。それを踏まえると、人間の政治的作用を通して形成された法制度も一人一人の意思が基盤とはなるが、そこでの重要な意味は、自己をも含みすべての人間、すべての存在への思いを体現する叡智となって現わすことにあると思われる。

この様ないささか誇大妄想的見地も含め、現在の民主主義を検討すると、最も大きな問題であり、同時に弱点となるものは、代表制により極めて政治的な発想に偏った集団で意思形成がなされていることである。敢えて集中攻撃的になることを覚悟でべると、政治的政治家は法理念的には最も政治に向かない存在、あるいは政治の分野で絶対活躍すべきでない存在であり、従ってこの様な弊害の実践を可能とする要素を含む代表民主制さらには民主制そのものも合理化、客観化、最善化のための改革を必要とするものと思われる。

政治的現実論と法理念論は相容れないものであるが、人間集団生活をコントロールする法の形成プロセスにおいては、必然的に政治的過程が先行する。従って、この過程において法理念論の本質に立った対応が重要となる。このプロセスにおいて、すべての人間の叡智を前提とした協働作用と不合理な作用に対する叡智によるすばやい排除、それにより人間叡智の重い実践が効を奏する様配慮することが重要となる。

最後に、本論考はこれまでの論者の思索の集大成としてまとめたもので、個々の論文や著作の部分的引用はなく、必要な定義等は“ ”で示したのみである点につき、どうか御寛恕頂きます様、お願い申し上げます。

(本学講師＝憲法担当)